

PROBLEMAS HEURÍSTICOS E DECISÕES A CONTA-GOTAS: A POSTURA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO EM PROCESSOS ESTRUTURANTES

Julianna Nunes da Silva Marques

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – há conflitos permeados por uma constante fluidez de interesses e por significativo grau de complexidade e que reclamam um modelo diferente dos esquemas tradicionais de resolução de litígios para solucioná-los. Embora seja alvo de resistência, observada especialmente na forma como têm sido decididos, os processos estruturantes se revelam como instrumentos adequados para a solução desses litígios. O artigo busca apresentar como essa resistência se manifesta, transportando constatações sobre a forma como o ser humano se comporta e toma decisões, para o processo civil. Defende-se, para a maximização da qualidade decisória nesses litígios, a necessidade de desinviesamento da tomada de decisões.

Palavras-chave – Processo Civil. Processos Estruturantes. Vieses. Heurísticas. Análise Econômica do Processo.

Sumário – Introdução. 1. Litígios estruturantes: a condução (in)adequada e suas problemáticas. 2. Problemas heurísticos no contexto da decisão judicial de litígios estruturantes. 3. Estratégias de maximização da qualidade decisória em demandas de natureza estruturante. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento das sociedades contemporâneas e seu pluralismo, bem como com a velocidade de transformações das relações jurídicas e situações da vida reguladas pelo Direito, observa-se que um grau significativo de complexidade permeia as questões apresentadas dentro desse contexto, reclamando por vezes, uma adequação dos esquemas de solução de conflitos, já que aqueles tradicionalmente dispostos se mostram insuficientes.

É neste cenário que estão inseridos instrumentos voltados a melhor resolução daquilo que se convencionou chamar de litigância de massa. Entretanto, é preciso dar atenção para o surgimento de um outro tipo de litígio, também inserido nesse panorama que são os litígios estruturantes/estruturais ou multifocais.

Esses litígios são demandas caracteristicamente marcadas pela necessidade da tomada de medidas paulatinas, que num primeiro momento tem o objetivo de reconhecer a existência de um



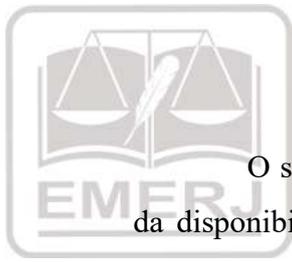
problema, e a partir disso, implementar alterações substanciais, para o futuro, de práticas ou de instituições. Nesse tipo de demanda estão envolvidos diversos subgrupos, cujos interesses se sobrepõe e se opõem em diferentes momentos do processo, de modo que não se pode submetê-los à tradicional concepção relativa aos litígios bipolares, em que se tem comumente demarcadas as figuras de autor e réu. Há, portanto, nos processos estruturantes, uma zona de interesses apresentada pelos envolvidos, e que precisa ser observada pelos operadores do processo de modo bastante criterioso. A partir disso, já é possível perceber que os processos estruturantes se diferenciam do modelo tradicional de processo (individual ou coletivo).

Os aspectos que envolvem essa diferenciação influem na identificação, condução e resolução dessas demandas, e acabam suscitando nos operadores jurídicos certa resistência quanto ao uso deste instituto para a solução de litígios materialmente estruturais. Essa postura resistente ao reconhecimento adequado das demandas estruturantes conforme sua essência, acaba desaguando no ajuizamento a varejo e na concessão de decisões a conta-gotas, que ao invés de proporcionar as alterações gradativas pretendidas, aumentam o problema de fundo de modo exponencial.

Dentre tantos fatores que contribuem para isso, merece destaque a contaminação dos processos heurísticos do juiz pelos vieses cognitivos, que consiste em desvios capazes de resultar em decisões que se afastam da solução mais adequada para cada caso. Essa contaminação se revela altamente influente desde o recebimento da demanda até a decisão final, que como dito acaba por originar respostas atomizadas à problemas cujo o grau de complexidade reclama maior atenção ao uso de técnicas adequadas e que propiciem a mais ampla dialogicidade entre os envolvidos.

Desse modo, o trabalho se debruça sobre o aspecto qualitativo das decisões tomadas pelos julgadores em processos materialmente estruturantes, chamando atenção para a contaminação dos processos heurísticos dos juízes, que têm resultado num agravamento dos problemas de fundo, afetando não somente o núcleo dos atores processuais diretamente envolvidos na demanda, mas toda a coletividade.

Portanto, o primeiro capítulo visa apresentar o conceito de processos estruturantes estabelecendo a visão geral acerca da relação do Poder Judiciário com esse tipo de litígio, na forma como se revela na prática.



O segundo capítulo se dispõe a analisar a influência dos vieses relacionados às heurísticas da disponibilidade, representatividade e ancoragem, sobre a formação de respostas atomizadas dadas pelo Judiciário às demandas estruturantes.

Por fim, o terceiro capítulo pretende correlacionar os conceitos expostos de modo a apontar como proposta para a solução de parte dos problemas que envolvem essas decisões judiciais, a necessidade da tomada de consciência pelos julgadores acerca dos problemas heurísticos, e seu afastamento por meio do uso de métodos adequados capazes de contribuir para solucionar apropriadamente essas demandas.

A pesquisa, será, portanto, estruturada pelo método hipotético-dedutivo, pois após contextualização do cenário atual acerca dos processos estruturantes no âmbito do Poder Judiciário e a colocação dos problemas referentes às decisões “a conta-gotas”, se buscará a proposição de um novo panorama para tomada de decisões, a partir do distanciamento dos problemas heurísticos as envolvem.

Além disso, o objeto da pesquisa jurídica será abordado pelo meio qualitativo, já que o pesquisador pretende se valer da bibliografia referente à temática, para sustentar sua tese.

1. LITÍGIOS ESTRUTURANTES: A CONDUÇÃO (IN)ADEQUADA E SUAS PROBLEMÁTICAS

Os processos e as medidas estruturantes, tem origem atribuída à implementação de decisões pela Suprema Corte norte-americana, em meados do ano de 1955, no julgamento do caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, também conhecido como “Brown II”. Neste processo discutia-se a necessidade de pôr fim à segregação racial que atingia o sistema escolar e refletia a aplicação da consagrada doutrina do “*separate but equal*”.¹ As decisões do caso “Brown II” ficaram conhecidas como “*structural injunctions*”, e foram responsáveis por dar início à adoção de práticas com a finalidade de alcançar o remodelamento da situação apresentada a fim de conformá-la com a Constituição.

Conforme destaca Jordão Violin², “Brown II” pode ser mencionado como o caso mais emblemático no estudo do tema das medidas estruturantes, mas, não se pode esquecer, que a

¹PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 111.

²VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: *Ibid.*, p. 505.



solução atribuída para esse também foi útil para a condução de outras ações com objetos distintos e forte carga estruturante. O autor cita como exemplo disso, os processos acerca da reforma do sistema prisional do Estado do Arkansas.

Com isso, convencionou-se tradicionalmente nos Estados Unidos, a ideia de que medidas estruturantes são voltadas apenas a resolver litígios relacionados ao controle judicial de políticas públicas, isto é, litígios cujo interesse público é predominante (“*public law litigation*”), mesmo que não seja essa a única via cabível para tanto.³ Contudo, a partir do conceito e das características atribuídas - ainda que de forma não unânime pela doutrina - é possível perceber que os processos estruturantes não estão limitados a litígios envolvendo interesses públicos e o (r)estabelecimento de políticas públicas.⁴ Aliás, Gustavo Osna⁵ alerta para o fato de ser necessário atualmente, atribuir conceitos menos rígidos à dicotomia tradicionalmente usada para diferenciar a esfera pública da privada. Adequadamente, autor aponta que há uma “fluidez entre essas duas áreas”, e que “é exatamente pela dispersão de valores comunitários que os provimentos estruturantes se mostram essenciais”.

É importante dizer, que o processo estrutural também não está limitado ao âmbito dos litígios coletivos, já que é possível que demandas individuais pautadas em problemas estruturais sejam tratadas por meio de processos estruturantes, quando essa seja a via mais apropriada para tanto.⁶

Em pese a divergência doutrinária acerca dos conceitos de problema, processo e medidas estruturantes, parece ser mais acertada para compreensão do tema, a concepção atual de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria⁷ sobre o assunto. Para os autores, esse tipo de problema se identifica a partir de “um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas

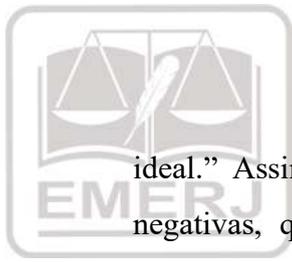
³TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: *Ibid.*, p. 184-185.

⁴Um exemplo dado pela doutrina para tanto é o procedimento de falência que possui forte carga estrutural, apontado em: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre decisões estruturantes. In: *Ibid.*, p. 344.

⁵OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: *Ibid.*, p. 367.

⁶TOSTA; MARÇAL, *op.cit.*, p. 189.

⁷DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 75, p. 101-136, mar. 2020.



ideal.” Assim, medidas estruturantes se estabelecem como prestações paulatinas, positivas ou negativas, que numa perspectiva futura, visam realizar alterações ou reformas em práticas, condutas, organizações ou instituições que se encontram nesse estado de desconformidade com o ideal. Vale dizer, que é possível que por meio dessas medidas, mudanças fáticas sejam implementadas, não necessariamente criando ou modificando estruturas.⁸

Dentro desse contexto, é razoável reconhecer que os litígios estruturantes assumem características, que não necessariamente estarão presentes em sua totalidade, mas que tornam sua identificação e resolução um pouco mais desafiadoras que as dos litígios pensados tradicionalmente.⁹ Primeiro porque, esse tipo de demanda conta com a necessidade de detecção do problema estrutural, em toda sua complexidade e conflituosidade; segundo, pois a transição entre o estado de desconformidade para o ideal, requer a elaboração de um plano de alteração; terceiro, a implementação desse plano precisa ser acompanhada ao longo do tempo; quarto, já que sua implementação é gradativa, e é possível que as circunstâncias fáticas se alterem enquanto o processo se desenvolve, assim como existe certa maleabilidade permeando o interesse dos envolvidos, que por vezes se opõem e outras se sobrepõem¹⁰, é preciso que o plano seja reelaborado e adaptado até que o litígio seja solucionado; e, quinto, é necessário que os sujeitos envolvidos direta e indiretamente no litígio sejam constantemente ouvidos, isto é, trata-se de um processo cuja dialogicidade precisa ser promovida.

Assim, nota-se que o processo estruturante requer para seu desenvolvimento mais tempo, e por vezes, implica um maior impacto financeiro para os envolvidos que uma demanda submetida à condução processual tradicional. Não obstante, o que se tem atualmente é uma redução do uso desse instrumento em razão de múltiplos fatores, como por exemplo a discussão sobre ativismo judicial, a falta de recursos financeiros para o acompanhamento da implementação do plano elaborado e o aumento do tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e a solução do problema.

Vários são os exemplos que mostram claramente isso na prática. Em uma entrevista realizada com defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro, veiculada no *podcast* “Acesso à

⁸MARÇAL, Felipe Barreto. *Processo Estruturante*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 64.

⁹DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 45-81.

¹⁰O que existe são “zonas de interesses” dos atores processuais que não se enquadram nas posições clássicas de autor e réu. A expressão é usada por CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v.16, n° 26, p. 19-55, dez. 2009.



Justiça”¹¹, foi narrada uma situação concreta ocorrida na Zona Oeste carioca, e que se adequa tanto ao conceito de problema estrutural como às características de litígios estruturantes. No caso descrito, a instalação de uma companhia siderúrgica em determinado bairro, provocou danos à saúde dos moradores, à estrutura de imóveis construídos na localidade, ao saneamento básico do local, além de as aparelhagens da empresa terem interferido no curso do Rio Guandu afetando a atividade pesqueira desenvolvida na região. A Defensoria, atendendo os atingidos, optou por ajuizar várias ações individuais tradicionais, que foram solucionadas também da forma tradicional. Os defensores mencionam, que optou-se pelo ajuizamento nestes moldes, sobretudo porque havia grupos com interesses diferentes envolvidos na questão.

Certo é, que a existência de diferentes grupos com distintos interesses, não constitui óbice para o tratamento do problema na forma como ele demanda, isto é, considerando sua essência estruturante. Com a devida vênia, se reconhecida e tratada tal problemática como litígio estruturante, conduzido e processado pela via estrutural, esse tipo de litigância contribuiria de forma mais qualitativa para a solução das problemáticas apresentadas, mitigando realmente os impactos negativos que as violações sistemáticas praticadas pela companhia siderúrgica geraram tanto para aqueles envolvidos diretamente nas demandas processuais promovidas, como para os vários terceiros, que também são parte do seu espectro de abrangência.

Em 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº1.854.842/CE¹², determinou que um processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, fosse anulado desde a citação, para que apenas com a sua regular instrução fosse a causa rejuogada. O caso analisado tratava do excesso de prazo de permanência do acolhimento institucional de crianças e adolescentes, e os pedidos do processo haviam sido julgados liminarmente improcedentes sob o fundamento de que para a correção da disfunção seria necessária atuação conjunta dos demais entes que compõe a cadeia de Política de Atendimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, algo que não estava expresso nos pedidos. Acertadamente o STJ, enfatizou que houve completa inadequação na tratativa dada à questão pelo órgão julgador, tendo em vista que se tratava de um litígio estrutural no qual a decisão de

¹¹SPOTIFY. *Acesso à justiça 14: Caso TKCSA: um desastre ambiental e humano em Santa Cruz*. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/1LRNIGNIrz6HgBZAK4MdHh?si=Vdhi175gR0i2Sa8qtfQkIQ&utm_source=native-share-menu Acesso em: 30 mar. 2021.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1854842/CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Terceira Turma, julgado em 2/6/2020, DJe 4/6/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020 Acesso em: 30 mar. 2021.



mérito para ser construída corretamente, precisava contar com um ambiente colaborativo a fim de permitir “que esses processos judiciais dessa natureza (...), sejam utilizados para construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo.” Para o STJ, não poderia uma questão como a do caso concreto ser julgada liminarmente improcedente, já que a natureza do litígio, por si só, demandava uma mais adequada e apurada instrução processual.

Em que pese os desafios nesse tipo de litígio sejam grandes, não se pode deixar de enfrentá-los apropriadamente, em razão de supostas limitações processuais e materiais. No entanto, nota-se que há um apego à estrutura tradicional do processo civil, por todos os envolvidos no sistema de justiça, o que revela uma praxe da atividade jurídica atual, em que se produz ações a varejo e por conseguinte, obtém-se decisões a conta-gotas¹³ que introduzem a falsa ideia de pôr fim nas problemáticas reais sem, contudo, solucioná-las, afastando-se assim da qualidade esperada para um processo.

2. PROBLEMAS HEURÍSTICOS NO CONTEXTO DA DECISÃO JUDICIAL DE LITÍGIOS ESTRUTURANTES

Notadamente, a atividade jurídica envolve constantemente a tomada de decisões por todos os sujeitos que desempenham alguma participação no seu desenvolvimento. É importante destacar, que o ato de decidir está intimamente relacionado ao comportamento humano.

Neste cenário, as tarefas decisórias desenvolvidas especificamente pelo juiz, vão muito além da simples análise de juridicidade de uma questão. Por isso, é importante fazer uma incursão em conceitos extraídos da união entre a economia comportamental, a psicologia e a neurociência, para que haja o esclarecimento acerca dos impactos do comportamento sobre o processo decisório, principalmente no âmbito dos litígios estruturantes.

Antes de adentrar nesses conceitos, é possível observar um paralelo entre a concepção construída sobre a figura do juiz e o que a teoria econômica tradicional convencionou acerca da forma pela qual as pessoas tomam decisões. Para essa teoria, indivíduos fazem escolhas livres de falhas, sempre ponderando cada aspecto relativo às opções dispostas. De modo similar, há muito

¹³LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p. 301.



idealiza-se o juiz como sendo um terceiro, sempre imparcial e racional, que atua de modo a analisar o passado ponderando cada circunstância apresentada, para com base nisso determinar qual teria sido a conduta devida caso a lei fosse observada e obedecida.¹⁴ Essa concepção ignora que os juízes são humanos, não “sujeitos-deuses”¹⁵, capazes de avaliar a todo instante todas as variáveis, para, por fim, tomar decisões consistentes e afastadas da falibilidade humana. Como destaca Richard Thaler¹⁶, é preciso parar de acreditar que a prescrição e descrição de padrões de comportamentos feitas por modelos abstratos, são descrições acuradas que servem para embasar decisões não passíveis de falhas. Além disso, é necessário reconhecer que a racionalidade humana é limitada¹⁷, por questões de tempo e de finitude da capacidade cognitiva.

Nos processos estruturais, as tarefas desempenhadas pelo juiz, o distanciam ainda mais desse arquétipo pré-concebido há tanto tempo. Já que, ao verificar o comportamento que está em desconformidade com o sistema jurídico, o magistrado estabelece essa constatação como ponto de partida para atividades futuras com objetivo de alcançar o resultado mais adequado, diferentemente dos litígios tradicionais. Edilson Vitorelli¹⁸, assinala que “neste tipo de cenário, o juiz está mais exposto à contaminação de seus processos heurísticos, por vieses cognitivos”. A união entre as ciências citadas anteriormente, responsável por estudar o comportamento humano, permite compreender esses conceitos e como eles estão relacionados aos processos decisórios.

Entende-se como heurísticas, os atalhos mentais que os seres humanos fazem para conhecer determinadas situações e tomar decisões. Segundo Ivo T. Gico Jr.¹⁹, por trás desse conceito há a ideia de simplificação da complexidade do mundo para tomada de decisões. Embora úteis, as heurísticas podem levar a erros sistemáticos – vieses cognitivos –, que resultam em decisões afastadas do que seriam as soluções mais adequadas para a cada situação sob análise.

Daniel Khaneman e Amos Tverky²⁰, identificaram três heurísticas principais – disponibilidade, representatividade e ancoragem –, e os vieses associados a elas. Além disso,

¹⁴LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 372.

¹⁵JOLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. Stanford Law Review, v. 50, 1997-1998. p. 1476-1480. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 4 ago. 2021.

¹⁶THALER, Richard. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p.23.

¹⁷KHANEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 514.

¹⁸LIMA, op. cit., p. 372.

¹⁹GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Foco, 2020, p. 195.

²⁰KHANEMAN, op. cit., p. 538.



observaram que esses erros são previsíveis, razão pela qual conseguir antecipar-se a eles pode contribuir para obtenção de decisões qualitativamente melhores.

A heurística da disponibilidade se refere à tendência que o indivíduo tem de avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento, ou de uma categoria, pela facilidade com que a ocorrência de situações idênticas ou similares, são trazidas à sua mente. A acessibilidade e a visibilidade estão relacionadas à essa heurística, de modo que tornam possível que o indivíduo avalie determinada situação a partir da imaginação de circunstâncias vividamente retratadas.

No processo, essa heurística se revela na propensão do julgador em acolher pretensões construídas a partir de histórias individuais dramáticas, mesmo existindo elementos científicos, dentro do contexto da reforma que se pretende, que indiquem o contrário. Vitorelli²¹ aponta, que os vieses associados a essa heurística, colaboram para que partes e juízes considerem que aquilo que foi debatido ao longo da instrução processual é mais relevante que as perspectivas paralelas surgidas posteriormente, o que é comum nos litígios estruturantes. Um exemplo disso, é a negativa ao pedido de intervenção feito por pais de alunos hispânicos no caso “Brown II”, que buscavam demonstrar que a distribuição de alunos latinos nas escolas colocaria em risco a manutenção da identidade cultural.

A ancoragem reflete a tendência humana de tomar decisões e fazer estimativas, começando por uma referência inicial (âncora), que é ajustada para produzir uma resposta final. Essa heurística se relaciona com o viés confirmatório que é a propensão dos indivíduos de buscarem informações que confirmem suas crenças ou hipóteses pré-estabelecidas, ignorando aquelas que lhe são contrárias.

O problema é que contaminado pelo viés confirmatório o juiz pode formar uma convicção inicial próxima a sua zona de conforto ou de dados conhecidos e, com isso, resistir por completo a todo e qualquer elemento que se oponha ou dificulte a manutenção dessa convicção no momento de decidir. O artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI do Código de Processo Civil²², é uma regra que tende a evitar que o julgador seja vítima desse viés. Ao determinar que o julgador enfrente todos os argumentos deduzidos no processo, o comando legal estabelece um elo entre a

²¹LIMA, op. cit., p. 381.

²²BRASIL, *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.



necessidade de fundamentação de decisões e o princípio do contraditório, responsável por afastar o juiz dos efeitos da ancoragem. Neste sentido, Alexandre Câmara²³ afirma:

como deve ser sempre lembrado, o princípio do contraditório assegura aos sujeitos interessados no resultado do processo de participar com influência na formação do seu resultado (...). Em outros termos, significa isto que as partes do processo têm direito à consideração de seus argumentos (...). Pois só será possível fiscalizar a atuação do juiz – a quem cabe, nos termos do art. 7º, “zelar pelo efetivo contraditório” –, verificando-se se houve efetiva participação das partes, em contraditório, na formação do resultado do processo se todos os argumentos pela parte deduzidos no processo, e que sejam (ao menos em tese) capazes de levar a resultado que à parte favoreça, tiverem sido examinados.

A ancoragem é favorecida pela sobrecarga de trabalho dos juízes e pela imposição de metas de produtividade, que os incentiva ignorar o comando legal e sacrificar a acurácia em prol dessa produtividade.²⁴ Nos litígios estruturantes, o mais comum é que diante das peculiaridades que os diferenciam do modelo clássico de litígio, essencialmente adversarial, partes e juízes resistam ajuizar e implementar a solução dessas demandas da forma mais adequada. Edilson Vitorelli²⁵ menciona que “a ancoragem favorece o privilégio de soluções “a conta-gotas”, em vez de soluções estruturais.”. Isso porque, é mais fácil decidir de modo a beneficiar poucas pessoas, dentro da estrutura tradicional do processo, que desenvolver decisões em processos estruturais, já que esses exigem do juiz uma atividade complexa, muitas vezes desempenhada ao longo de anos.

A heurística da representatividade expressa a tendência do indivíduo de categorizar, eventos e objetos, e decidir a partir de uma estimativa da probabilidade da ocorrência de um evento, pelo grau de similitude do objeto estimado com as características essenciais do conjunto de elementos que entende ser típicos de uma determinada categoria. Essa heurística pode causar distorções nas percepções de padrões no cotidiano.²⁶ Nos litígios estruturais, os vieses dentro da representatividade são capazes de fazer com que os sujeitos envolvidos “identifiquem falsas relações de causalidade para o problema que querem resolver e projetem soluções que lhes parece ideais para a readequação do cenário sobre o qual o processo se debruça”.²⁷ Logo, deixam de considerar que os efeitos colaterais decorrentes dessas soluções supostamente ideais, contribuem para o agravamento do problema de fundo. Nos processos relativos à prestação de serviços de

²³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 285.

²⁴GICO, op. cit., p. 203.

²⁵LIMA, op. cit., p. 385.

²⁶THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 38.

²⁷LIMA, op. cit., p. 384.



saúde pública, por exemplo, a concessão pulverizada de decisões individuais, geralmente vista como positiva, atribuí ao Poder Judiciário brasileiro um dos piores resultados no que se refere aos impactos de suas decisões.²⁸

Assim, mesmo que o conhecimento dos problemas heurísticos não signifique respostas prontas para combater desvios no âmbito de decisões judiciais, principalmente no contexto dos litígios estruturantes, é a partir disso que se torna possível traçar estratégias para diminuir tais erros e emitir decisões qualitativamente melhores.

3. ESTRATÉGIAS DE MAXIMIZAÇÃO DA QUALIDADE DECISÓRIA EM DEMANDAS DE NATUREZA ESTRUTURANTE

O primeiro passo para maximizar a qualidade decisória e reduzir os efeitos nocivos das decisões “a conta-gotas” em demandas estruturantes, é reconhecê-las de acordo com a sua natureza. Significa dizer, que não apenas os juízes, mas os outros sujeitos envolvidos na atividade processual, precisam identificar a essência estruturante desses litígios e tratá-los, desde o princípio, de modo estrutural.

O artigo 21 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro²⁹, robustece a indispensabilidade de se resolver demandas materialmente estruturantes por meio de medidas estruturantes. Isso porque, as consequências jurídicas e administrativas, em litígios multifocais, dependem de informações a respeito dos múltiplos interesses envolvidos, para serem verificadas. As medidas estruturantes, conforme apontam André Ribeiro e Felipe Barreto³⁰ “são necessárias para incorporar adequadamente as consequências sistêmicas em casos multifocais”. Sendo assim, demonstrar as consequências das decisões judiciais de modo expresso é corolário da prestação jurisdicional adequada e não se trata de uma imposição restrita à processos que tratem de políticas públicas ou atos administrativos.

Para a aprimoramento da formação de decisões nos litígios materialmente estruturantes, é indispensável que os magistrados tomem consciência do papel que os vieses cognitivos

²⁸ Edilson Vitorelli (Ibid., p. 65) menciona que em um estudo comparativo de dados de processos relativos à saúde pública, envolvendo cinco países, dentre eles o Brasil, Brinks e Gauri concluíram que o Poder Judiciário brasileiro, está apenas atrás da Nigéria, tendo os piores resultados quanto aos impactos sociais de suas decisões.

²⁹ BRASIL. *Decreto-lei n° 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.

³⁰ TOSTA; MARÇAL, op. cit., p. 192.



desempenham no processo decisório. Como destaca Edilson Vitorelli³¹: “O juiz que parte do pressuposto de que sua análise dos autos é totalmente racional, terá grande possibilidade de decidir apenas de acordo com seus vieses cognitivos.” Neste sentido, é preciso que os juízes assumam a limitação de seus conhecimentos acerca das mais variadas matérias; admitam que suas premissas quanto à determinadas questões, são equivocadas e influenciam no resultado do processo de forma bastante afastada da realidade em que está inserido o conflito; e, reconheçam que sua capacidade de acesso e armazenamento de informação também é limitada.³²

O magistrado que se afasta das informações necessárias para o desenvolvimento e para a resolução de demandas estruturantes, tende produzir julgamentos baseados apenas em suas intuições e crenças. Uma vez que, a escassez de informação propicia um cenário favorável à contaminação de processos decisórios pelos vieses da disponibilidade e da ancoragem. Com isso, o juiz que ignora o fato de a informação sistêmica ser um elemento essencial para a resolução desses litígios, “se encastela em uma autoridade e se contenta em proferir ordens”³³. O problema é que essas ordens não são sequer suficientes para chegar próximo das soluções adequadas às demandas materialmente estruturantes, já que são produzidas sem sequer admitir a existência de múltiplos interesses envolvidos no conflito sob análise, tampouco das perspectivas paralelas acerca da questão de fundo que surgem ao longo do desenvolvimento do processo e que precisam ser observadas na construção da decisão.

No entanto, os efeitos da escassez de informações podem ser minimizados se forem feitos investimentos em um método dialógico³⁴ de condução do processo e formação da decisão. O fomento do diálogo no ambiente dos litígios multifocais pode ser viabilizado por meio da promoção de audiências públicas com a participação dos grupos afetados, direta e indiretamente, pelo conflito; pela participação de “amicus curiae” no processo; pela consulta à população, realizada por meio de recursos disponíveis na internet; e, pela promoção de reuniões com técnicos de diferentes áreas de conhecimento relacionadas ao contexto do conflito. Esse método amplia o debate trazendo a efeito o “zelo pelo efetivo contraditório”, previsto no artigo 7º do

³¹LIMA, op. cit., p. 386.

³²MARÇAL, op. cit., p. 196.

³³LIMA, op. cit., p. 397.

³⁴Também conhecido pela denominação “*town meeting*”, cunhada por Stephen Yeazell, esse método consiste na possibilidade de o juiz conhecer os impactos concretos que suas ordens podem alcançar, tomando a frente do processo fomentando ocasiões de diálogo com a sociedade impactada. Edilson Vitorelli (Ibid., p.393-394) menciona a expressão apontando exemplos de processos estruturantes em que a condução dialógica possibilitou decisões, que em considerável medida proporcionaram impactos sociais mais positivos.



Código de Processo Civil³⁵, e conseqüentemente o desviesamento das decisões judiciais. Frisa-se, zelar pelo contraditório é tarefa atribuída ao juiz atrelada a participação efetiva das partes, e aqui, também dos demais impactados. Trata-se de uma forma de observar diferentes perspectivas sobre determinado problema. Além disso, a adoção dessas estratégias dialógicas contribui para que os múltiplos interesses envolvidos não sejam mutilados antes mesmo de se tornarem conhecidos. Como acertadamente pontua Ivo T. Gico Jr.³⁶, “os investimentos em processos e os procedimentos de instrução podem ser considerados um mecanismo de descobrimento da realidade para que o juiz, reduzindo a assimetria de informação possa adequadamente resolver o conflito de acordo com o direito”.

O estabelecimento de uma conexão sistemática entre Poder Judiciário, órgãos do Executivo, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos, para a identificação conjunta de litígios potencialmente estruturantes a fim de conduzi-los na direção da solução mais adequada, se revela como uma importante estratégia na redução dos efeitos deletérios que as decisões pulverizadas proferidas em múltiplas ações individuais produzem para o problema global. A partir dessa atuação conjunta de identificação de litígios, passa a ser possível, por exemplo, que os legitimados coletivos ingressem com demandas estruturantes ao serem comunicados de processos individuais com potencialidade de causar mudanças estruturantes.³⁷

Outra medida válida para o adequado julgamento de litígios individuais que de modo global acarretam modificações de caráter estrutural é viabilizada a partir da previsão expressa no artigo 69, inciso II do Código de Processo Civil³⁸. A reunião de processos como forma de cooperação judicial, tem condão de propiciar a prestação jurisdicional equânime, otimizada e conseqüentemente afastada de problemas heurísticos. Basta pensar em um exemplo no qual ações individuais com pedido de concessão de vagas em creches são ajuizadas em determinadas regiões de uma mesma cidade. Decidir favoravelmente a esses pleitos, parece, em princípio, algo positivo que vai ao encontro da efetivação do direito fundamental à educação. Entretanto, o cumprimento não racionalizado dessas decisões produzidas por diferentes juízes dessa mesma cidade, não faz com que a escassez de vagas diminua e ainda favorece um cenário competitivo entre os beneficiados por essas decisões. Isso porque, ganha a oportunidade de estudar aquele que

³⁵BRASIL, op. cit., nota 22.

³⁶GICO, op. cit., p. 172.

³⁷MARÇAL, op. cit., p. 193

³⁸BRASIL, op. cit., nota 22.



primeiro conseguiu acessar à justiça e obteve uma decisão favorável ao seu pleito. Em casos como esse, a reunião dos processos minimiza as chances de erro dos juízes, já que permite o conhecimento do problema a partir de uma perspectiva macroscópica, evitando assim decisões sem capacidade alguma para soluções tais conflitos. No entanto, é imperioso mencionar, que juízes que acreditam que decisões pulverizadas proferidas em processos conduzidos e julgados da forma tradicional são melhores, não farão voluntariamente a reunião de demandas estruturantes. Portanto, a reunião desses litígios, feita de forma automática no momento da distribuição, retiraria dos magistrados a possibilidade de decidir sem analisar outros litígios relacionados ao mesmo problema de fundo.³⁹

O longo período de duração das demandas estruturantes, por si só, é um fator que afasta a condução adequada desses processos conforme sua natureza estrutural. Para os órgãos de administração judiciária, a demora no processamento de litígios é uma prática enxergada como prejudicial em todos os casos. Por conta dessa lógica, são estabelecidas metas temporais de encerramento dos feitos, como parâmetro definidor da eficiência da prestação jurisdicional. Privilegia-se, portanto, a celeridade processual em detrimento dos direitos e garantias processuais. No entanto, a celeridade e a duração razoável do processo não podem servir de subterfúgios para julgamentos mal feitos. Sendo assim, é indispensável para elaboração de decisões eficazes em litígios materialmente estruturantes, que a administração judiciária compreenda a necessidade de incorporar à sua lógica os processos de tramitação prolongada e com isso, altere os parâmetros que determinam a eficiência da prestação jurisdicional.

Outras alterações na estrutura do Poder Judiciário, como por exemplo a criação de órgãos de julgamento específicos de litígios multifocais e a incorporação e capacitação de profissionais de apoio ao juízo, com aptidão para desempenhar funções de fiscalização da atuação de terceiros e de gerenciamento dessas demandas, também podem favorecer a maximização da qualidade decisória em processos materialmente estruturantes.

Desse modo, verifica-se que existem diferentes instrumentos já disponíveis para contribuir com a formação de decisões mais qualitativas e desviesadas neste tipo de processo, o que não retira a necessidade da estrutura judiciária ser repensada e reconfigurada para melhor condução e solução dessas demandas.

³⁹MARÇAL, op. cit., p. 197.



A evidência de todo o coletado é possível notar que o processamento de demandas individuais pela via tradicional é aparentemente mais eficaz para a solução de conflitos. Seja porque o desenvolvimento de um processo conduzido de forma tradicional é mais rápido, tanto para as partes como para os julgadores, seja porque requer menos esforços dos envolvidos no litígio e daqueles responsáveis por seu ajuizamento, instrução e julgamento, respectivamente. Entretanto, esses fatores favoráveis ao processamento de demandas – individuais e coletivas – com a potencialidade de introduzir mudanças de caráter estruturante, pela via não estrutural, põe em xeque a qualidade das respostas jurisdicionais atribuídas aos litígios que possuem natureza estruturante.

A resistência quanto à identificação, condução e julgamento de litígios estruturantes, dada em razão da preferência em conferir respostas individuais e imediatistas aos conflitos, é medida completamente oposta a tutela jurisdicional adequada e a eficácia esperada das decisões judiciais. A partir de uma análise mais ampla do cenário em que essas demandas se inserem, nota-se que as soluções produzidas de forma pulverizada, sequer chegam perto de corrigir os problemas levados ao conhecimento dos julgadores, pelo contrário, os agravam exponencialmente. Isso porque, tais decisões sempre causam impactos negativos para os demais interesses em jogo e resultam na formação de um ciclo vicioso.

Conforme observado na pesquisa, os litígios estruturantes, quando conduzidos e julgados de modo adequado, se apresentam como meio apropriado para a obtenção de efeitos coletivos muito mais satisfatórios, justamente porque proporcionam a análise do problema a partir de uma perspectiva global. Assim, tratar as demandas estruturantes como elas são em essência, traz mais vantagens que estimular, direta ou indiretamente, a litigância a varejo e as respectivas decisões a conta-gotas.

Portanto, é necessário romper com a ideia de que o dever de prestação da tutela jurisdicional adequada imputado, principalmente, aos julgadores, se ultima de forma útil quando as decisões a conta-gotas são cumpridas de modo completamente não racionalizado.

A alteração da relação do Poder Judiciário com as demandas de natureza estruturante e a maximização da qualidade das decisões judiciais, passa justamente, pelo processo de desinviesamento – neutralização de vieses comportamentais -, da formação dessas decisões pelos



órgãos julgadores. A partir da compreensão das limitações cognitivas que influem na orientação das decisões, os juízes podem usar estratégias para distanciar-se de erros sistemáticos previsíveis, constantemente estimulados por fatores externos, que afastam as decisões judiciais de soluções adequadas para os litígios estruturantes.

Ainda que o processo de neutralização de vieses não seja uma fórmula pronta ou uma solução absoluta para o problema, certo é, que propicia o uso de instrumentos postos à disposição do sistema processual, favoráveis a formação de decisões judiciais qualitativamente melhores e mais próximas das realidades em que estão inseridos os litígios de natureza estruturante, culminando assim em uma prestação jurisdicional realmente adequada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 4 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1854842/CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Terceira Turma, julgado em 2/6/2020, DJe 4/6/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020 Acesso em: 30 mar. 2021.

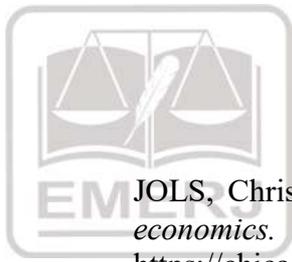
CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v.16, nº 26, p. 19-55, dez. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2021.

DIDIER, JR., Fredie; ZANETI, JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____; _____. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 75, p.101-136, mar. 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*. Indaiatuba: Foco, 2020.



JOLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard. *A beahavioral approach to law and economics*. Stanford Law Review, v. 50, 1997-1998. p. 1476-1480. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 4 ago 2021.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. *Processo Civil Estrutural*: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SPOTIFY. *Acesso à justiça 14*: Caso TKCSA: um desastre ambiental e humano em Santa Cruz. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/1LRNIGNIrz6HgBZAK4MdHh?si=VdhiI75gR0i2Sa8qtfQkIQ&utm_source=native-share-menu. Acesso em: 30 mar. 2021.

THALER, Richard H. *Misbehaving*: a construção da economia comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

_____; SUSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.